

Verkündet
am 6. April 1964
Klett,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Witwe Katharina C [REDACTED] geb. G [REDACTED] in Q [REDACTED],
früher Ta [REDACTED] Straße, jetzt E [REDACTED] Straße [REDACTED],
Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Gastwirt Georg P [REDACTED], früher in Q [REDACTED], K [REDACTED]
Straße [REDACTED], jetzt in Ku [REDACTED] Kreis Pi [REDACTED], Alters-
heim, vertreten durch seinen Pfleger, den Angestellten
Otto T [REDACTED] in Q [REDACTED], K [REDACTED] Straße [REDACTED],
Kläger und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 6. April 1964 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger, Dr. Messner
und Mormann
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Ober-
landesgerichts in Schleswig vom 13. Juli 1962 aufge-
hoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte war Eigentümerin eines Grundstücks in Q[REDACTED], auf dem die Gastwirtschaft "S[REDACTED]" betrieben wurde. Diese hatte sie im Jahre 1949 auf die Dauer von zehn Jahren an den Gastwirt Bu[REDACTED] verpachtet. Im Jahre 1952 war für den Ehemann der Beklagten, Hans Cl[REDACTED], ein dingliches Nutzungsrecht (= beschränkt persönliche Dienstbarkeit) am Gastwirtschaftsgrundstück bestellt und ins Grundbuch eingetragen worden. Bu[REDACTED] wollte später die Pachtung wieder aufgeben. Im Frühjahr 1954 scheiterte eine Neuverpachtung der Gastwirtschaft an ein Ehepaar aus Bremen daran, daß sich der Ehemann der Beklagten nicht bereit erklärte, einer Neuverpachtung zu den bisherigen Bedingungen über das Jahr 1959 hinaus (bis 1964) zuzustimmen. An den damaligen Verhandlungen war der im gegenwärtigen Rechtsstreit als Zeuge vernommene Angestellte D[REDACTED] der B[REDACTED]-Brauerei AG H[REDACTED], die die Wirtschaft mit Bier belieferte, beteiligt. Am 10. November 1954 verpachtete die Beklagte die Wirtschaft an den Kläger und seine im Jahre 1958 verstorbene Ehefrau für die Zeit vom 15. Dezember 1954 bis 15. Dezember 1964. An den dem Abschluß dieses Vertrages vorangehenden Verhandlungen nahmen der schon genannte Brauereiangestellte D[REDACTED] und der Bierverleger Re[REDACTED], ein örtlicher Vertreter der B[REDACTED]-Brauerei, der ebenfalls als Zeuge vernommen wurde, teil.

Der Pachtvertrag enthält folgende Bestimmungen:

"Pächter ist ohne schriftliche Erlaubnis des Verpächters nicht berechtigt, den Gebrauch der Räume ganz oder teilweise, entgeltlich oder unentgeltlich, an Dritte zu überlassen (§ 4 Satz 2)".

"Der Verpächter erteilt hiermit bis auf weiteres dem Pächter die Auflage, die sämtlichen Pachtzahlungen von 220,- bzw. DM 225,- an ... Hans C[REDACTED]

(= Ehemann der Beklagten) ... allmonatlich in seinem Auftrage zu überweisen, da dieser das Nutzungsrecht an der Pacht hat " (§ 9).

Am 30. Mai 1958 wurde für den Kläger eine Gebrechlichkeitspflegschaft eingeleitet und am selben Tage der Schlachtermeister Otto T■■■■■, ein Schwager des Klägers, als Pfleger für die Wahrnehmung aller vermögensrechtlichen Angelegenheiten bestellt. Dieser führte nunmehr die Gastwirtschaft.

Es ist streitig, ob dem Kläger und seiner Frau vor Abschluß des Vertrages bekannt war, daß der Ehemann der Beklagten ein dingliches Recht an der Gastwirtschaft hatte, und ob die Beklagte darauf hingewiesen hat, daß es, um den Vertrag für die Zeit nach 1959 gegenüber ihrem Ehemann wirksam zu machen, seiner Mitwirkung bedurfte. An den Pachtvertragsverhandlungen im Herbst 1954 war der Ehemann der Beklagten nicht beteiligt; er wurde auch, anders als im Frühjahr 1954, nicht von der Brauerei wegen seiner Zustimmung zum Vertrage befragt, sondern erhielt von ihm einige Zeit nach seinem Abschluß Kenntnis. Er unterschrieb ihn nicht und verweigerte dessen Genehmigung. Anfang 1960 erhob er, gestützt auf sein Nutzungsrecht, Räumungsklage gegen den Kläger. Dieser verkündete der Beklagten den Streit. Durch Urteil vom 11. März 1960 wurde der Kläger rechtskräftig zur Räumung verurteilt (6 C 31/60 AG Itzehoe). Er gab die Wirtschaft an den inzwischen verstorbenen Ehemann der Beklagten heraus.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt der Kläger Erstattung der Kosten des Räumungsrechtsstreits in Höhe von 872,71 DM und die Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihm den Schaden zu ersetzen, der ihm vom Tage der Räumung der Gastwirtschaft an bis zum 15. Dezember 1964 dadurch erwächst, daß er sie herausgeben mußte.



Das Landgericht gab der Klage statt. Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Beklagte dem Kläger Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten verpflichtet ist, weil ihm der vertragsmäßige Gebrauch der gepachteten Gastwirtschaft aufgrund des Rechtes ihres Ehemannes entzogen wurde (§ 581 Abs. 2 i.V. mit §§ 537, 538, 541 BGB). Es hält nicht für erwiesen, daß dem Kläger und seiner verstorbenen Ehefrau bei Vertragsabschluß der in dem Recht des Ehemannes Clasen bestehende Mangel bekannt war (§ 539 Satz 1, 541 BGB).

2. Die Revision meint, dem Kläger stehe schon deshalb kein Schadensersatz zu, weil die Beklagte und ihr Ehemann dem Kläger den Pachtvertrag wegen Verstoßes gegen § 4 des Pachtvertrages hätten kündigen können; denn er habe nach dem Tode seiner Ehefrau die Führung der Gastwirtschaft seinem Pfleger T. übertragen. Diese Rüge muß ohne Erfolg bleiben. Das Berufungsgericht ist zwar auf den unbestrittenen Vortrag der Beklagten, daß der Kläger, der schon zu Lebzeiten seiner Frau - infolge eines Schlaganfalles - nicht mehr in der Lage war, in der Gastwirtschaft tätig zu sein, diese nach dem Tode seiner Ehefrau durch seinen gerichtlich bestellten Gebrechlichkeitspfleger führen ließ, in seinen Entscheidungsgründen nicht aus-

drücklich eingegangen. Das bedeutet jedoch noch nicht, daß es diesen Vortrag und den Vortrag in der Berufungsbegründung S. 4 übersehen hat. Vielmehr hat es sich ersichtlich die Einlassung des Klägers (im Schriftsatz vom 19. März 1962 S. 3) zu eigen gemacht, die Führung der Gastwirtschaft durch einen Gebrechlichkeitspfleger bedeute keine Überlassung "an einen Dritten" im Sinne des § 4 des Pachtvertrages. Das ist nicht rechtsirrig. Es kommt hinzu, daß die Beklagte sich nach der in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht in ihrer Gegenwart (Protokoll vom 29. Juni 1962 in Verbindung mit der Anlage dazu) vom Prozeßbevollmächtigten des Klägers überreichten, von ihr unterzeichneten Erklärung vom 19. März 1959 mit einem Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Pachtvertrag auf den Pfleger ausdrücklich einverstanden erklärt hatte. Zu diesem Übergang ist es ersichtlich nur deshalb ^{nicht} gekommen, weil das Vormundschaftsgericht einen entsprechenden Vertrag zwischen dem Kläger und seinem Pfleger vom 29. Juli 1959 nicht mehr vor Erlaß des Räumungsurteils genehmigte. Daß die Wirtschaft durch einen Pfleger geführt wurde, läßt - im Gegensatz zur Auffassung der Revision - den Schadensersatzanspruch des Klägers grundsätzlich unberührt; denn ihm standen auf jeden Fall die Überschüsse aus der Führung der Wirtschaft zu. Die Tatsache, daß der Pfleger für den Betrieb der Wirtschaft eine Vergütung erhalten mußte, schließt solche Überschüsse nicht aus. Auf jeden Fall hatte der Kläger den Vorteil, daß er in der Wirtschaft sein Unterkommen hatte und in ihr auch mitverpflegt wurde.

II.

1. Zu der Frage, ob der Kläger und seine Ehefrau von dem im Grundbuch eingetragenen Nutzungsrecht des Ehemannes der Beklagten Kenntnis gehabt hätten, führt das Berufungs-

gericht aus, die Beklagte müsse sich enthalten lassen, daß in § 9 des Pachtvertrages ein solches Recht nicht erwähnt, sondern nur von einem "Recht an der Pacht" gesprochen sei. Damit könne nur der Pachtzins gemeint sein. Überhaupt sei der Vortrag der Beklagten "in sich nicht ohne Widerspruch". Nach ihrer Einlassung sei es folgerichtig, wenn sie, wie die Zeugen D[REDACTED] und Re[REDACTED] eidlich bekundet hätten, erklärt habe, ihr Ehemann brauche nicht mitzuwirken. Es sei auch weder bewiesen, daß die Beklagte ihre Meinung, der Kläger und seine Ehefrau müßten sich im Jahre 1959 als Pächter um das Einverständnis des Ehemannes C[REDACTED] bemühen, diesen bei Vertragsabschluß eindeutig kundgetan habe, noch daß sie erklärt habe, ohne das Einverständnis ihres Ehemannes könne es im Jahre 1959 Schwierigkeiten geben, weil er alsdann nach Beendigung des laufenden Pachtvertrages (mit Bu[REDACTED]) seine Rechte aus dem Nießbrauch geltend machen könne (BU 6, 7). Die Beteiligten hätten daher nicht auf den Gedanken zu kommen brauchen, zum Vertrage habe es auch der Zustimmung des Ehemannes bedurft. Für den Kläger und seine Ehefrau sei es sachgemäß gewesen, wenn der Brauereiangestellte D[REDACTED] die Beklagte vor Vertragsabschluß nach den Rechten des Ehemannes und der Notwendigkeit seiner Mitwirkung ausdrücklich befragt habe. Daß die Beklagte, wie die Zeugen D[REDACTED] und Re[REDACTED] bekundet hätten, die Frage D[REDACTED] ausdrücklich verneint habe, werde durch die Aussage keines der Zeugen widerlegt. Es sei auch nicht erwiesen, auch nicht unter Beweis gestellt, daß D[REDACTED] die Pächter von seiner - nach Behauptung der Beklagten - im Frühjahr erworbenen Kenntnis vom Nutzungsrecht des Ehemannes C[REDACTED] unterrichtet habe. Auch aus der Bekundung der Zeugin J[REDACTED] ergebe sich nicht, daß diese die Ehefrau des Klägers über die Rechte des Ehemannes der Beklagten aufgeklärt habe (BU 8), jedenfalls nicht vor dem 10. November 1954 (BU 9).

2. Die Revision greift diese Ausführungen des Berufungsgerichts, die sich zwar weitgehend auf tatrichterlichem Gebiet bewegen und deshalb einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nur beschränkt zugänglich sind, im Ergebnis mit Erfolg an.

a) Unzutreffend ist allerdings die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Der Kläger hatte aufgrund des dinglichen Rechts des Ehemannes der Beklagten die Gastwirtschaft an diesen herausgeben müssen. Für diesen Mangel des Pachtgegenstandes im Sinne von §§ 537, 538 i.V. mit § 541 BGB muß die Beklagte kraft Garantiehaf- tung eintreten und dem Kläger Schadensersatz wegen Nichter- füllung leisten. Ihren Einwand aus § 539 Satz 1 BGB - § 539 Satz 2 BGB ist in § 541 BGB nicht mit in Bezug genommen -, dem Kläger (oder seiner Ehefrau) sei der Mangel, d.h. das dingliche Recht des Ehemannes an der Pachtsache bekannt gewesen, muß die Beklagte beweisen. Aus dem Mietvertrag er- gab sich über eine solche Kenntnis nichts, der Wortlaut des § 9 sprach eher gegen sie und dafür, daß die Pächter nur über ein Recht des Ehemannes der Beklagten an der Pacht, nicht aber am Pachtgegenstand unterrichtet waren.

b) Da sich aus dem Pachtvertrag selbst, von dessen Voll- ständigkeit und Richtigkeit auszugehen ist, auch nicht er- gab, daß er für die Zeit nach dem Jahre 1959 der Zustimmung des Ehemannes der Beklagten bedurfte, und auch nicht, daß deren spätere Nachholung verabredet und deren Einholung den Pächtern überlassen worden war, wie die Beklagte be- hauptet, mußte sie auch diese Einlassung beweisen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob im Falle eines entsprechen- den Nachweises davon auszugehen sein würde, die Pächter hätten das dingliche Recht des Ehemannes der Beklagten an

der Gastwirtschaft selbst gekannt. Der Kläger würde alsdann jedenfalls von der Beklagten keinen Schadensersatz fordern können, weil diese ihn von Anfang an nicht darüber im unklaren gelassen hätte, daß er die Gastwirtschaft nur mit Zustimmung ihres Ehemannes über das Jahr 1959 hinaus betreiben konnte. Das Berufungsgericht hat aber diese Einlassung der Beklagten gerade als nicht erwiesen angesehen, wobei dahingestellt bleiben mag, ob seine Ausführungen sogar dahin zu verstehen sind, sie sei widerlegt; denn darauf kommt es in dem hier maßgebenden Zusammenhang noch nicht an.

c) Das Berufungsgericht hat jedoch bei Prüfung der Frage, ob die Pächter nicht vor Abschluß des Pachtvertrages am 10. November 1954 von dritter Seite darüber ausreichend aufgeklärt waren, daß die Beklagte nicht ohne Zustimmung ihres Ehemannes (über das Jahr 1959) hinaus verpachten durfte, in Verletzung von § 286 ZPO nicht alle Beweismöglichkeiten erschöpft. Es würdigt auf Seite 8 seines Urteils zwar die Aussage der im ersten Rechtszuge, jedoch zu einem anderen Beweissatz (Beweisbeschluß vom 9. Januar 1961 zu I 2) zu Protokoll vom 14. Februar 1961 S. 2, 3, vernommenen Zeugin Anneliese J. [REDACTED] dahin, aus ihr ergebe sich nicht, daß diese die Ehefrau des Klägers über die Rechte des Ehemannes C. [REDACTED] unterrichtet habe. Für das gleiche Beweisthema war jedoch, wie die Revision mit Recht rügt, im Schriftsatz vom 25. Mai 1962 S. 3 auch der Ehemann der Zeugin J. [REDACTED], der Rentner Willi J. [REDACTED], von der Beklagten als Zeuge benannt worden. J. [REDACTED] ist vom Berufungsgericht nicht vernommen worden. Dieses hat allerdings auf Seite 9 seines Urteils darauf hingewiesen, daß der Vertrag bereits am 10. November 1954 abgeschlossen worden war, während die Pacht nach § 1 des Vertrages erst am 15. Dezember 1954 beginnen sollte, und her-

vorgehoben, die Beklagte behaupte nicht, daß der Kläger oder seine Frau schon vor dem 10. November 1954 bei der Zeugin J. [REDACTED] gewohnt hätte. Daraus zieht es ersichtlich den Schluß, die Zeugin J. [REDACTED] könne die Pächter allenfalls nach Vertragsabschluß aufgeklärt haben, was nicht erheblich sein würde. Demgegenüber macht jedoch die Revision geltend, der Beweisantrag sei eindeutig dahin gegangen, die Eheleute J. [REDACTED] hätten die Pächter vor Abschluß des Pachtvertrages unterrichtet. Da der Vertrag unstreitig am 10. November 1954 abgeschlossen wurde, konnte deshalb der Beweisantrag nur dahin verstanden werden, daß diese Unterrichtung vorher erfolgt sein sollte. Von welchem Tage an der Kläger und seine Ehefrau vor Übernahme der Gastwirtschaft am 15. Dezember 1954 bei den Eheleuten J. [REDACTED] wohnten, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden. Bei dieser Sachlage dürfte es, ohne von seinem Fragerecht nach § 139 ZPO Gebrauch zu machen, nicht ohne weiteres daraus, daß die Beklagte nicht ausdrücklich behauptet hatte, das sei schon vor dem 10. November 1954 gewesen, Schlüsse gegen die Beklagte dahin ziehen, die Eheleute J. [REDACTED] könnten die Pächter nur später aufgeklärt haben. Die Eheleute J. [REDACTED] mußten daher darüber vernommen werden, ob sie die Eheleute P. [REDACTED] (Kläger und Ehefrau) über die Rechte des Ehemannes der Beklagten bereits vor dem 10. November 1954 unterrichtet hatten, insbesondere darüber, daß dieser dem Pachtvertrag zustimmen mußte. Erst wenn geklärt ist, was sie den Pächtern im einzelnen gesagt haben, läßt sich abschließend entscheiden, wie die angeblichen Äußerungen der Ehefrau des Klägers zu beurteilen sind, die sie getan haben soll, nachdem es zu der Auseinandersetzung mit dem Ehemann der Beklagten gekommen war.

III.

Das Berufungsurteil muß mithin wegen der unter II c aufgezeigten Verfahrensmängel aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, ohne daß auf das weitere Vorbringen der Revision im einzelnen eingegangen zu werden braucht; denn der Beklagten kann es überlassen bleiben, ihren nicht im einzelnen beschiedenen Vortrag aus der Revisionsbegründung in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zu wiederholen und notfalls zu ergänzen:

Es mag für die neue Verhandlung nur bemerkt werden:

a) Es ist gerügt, das Berufungsgericht sei auf die Angriffe der Beklagten gegen die Glaubwürdigkeit der Aussagen der Zeugen D[REDACTED] und Reipschläger im Schriftsatz vom 16. Januar 1962 nicht ausreichend eingegangen. Darin war u.a. behauptet, D[REDACTED] habe sogar die Nießbrauchbestellungsurkunde eingesehen. Für diesen Tatsachenvortrag war Beweis durch Vernehmung der Angestellten Hanna Ha[REDACTED] als Zeugin angetreten, die vom Berufungsgericht nicht vernommen worden ist. Dieses hat allerdings unterstellt, der Zeuge D[REDACTED] habe bei Vertragsabschluß gewußt, daß der Ehemann C[REDACTED] aufgrund dinglicher Rechte nutzungsberechtigt an der Gastwirtschaft war. Es bleibt aber offen, ob es nicht auch davon hätte ausgehen müssen, daß D[REDACTED] unter Eid die Unwahrheit gesagt hätte, sowie, daß seiner Aussage alsdann keinerlei Bedeutung mehr beigemessen werden konnte.

b) Das Berufungsgericht wird auch Gelegenheit haben, seine Auffassung zu überprüfen, ob das Verhalten und der Vortrag der Beklagten so widerspruchsvoll sind, wie es

bisher glaubte, annehmen zu können. Es war ersichtlich nie streitig, daß der Ehemann C■■■■, dessen Dienstbarkeit erst nach der Verpachtung der Gastwirtschaft an Bu■■■■ bestellt und eingetragen wurde, damit einverstanden war, daß dieser bis zum 30. September 1959 laufende Pachtvertrag zu den alten Bedingungen notfalls auch von einem anderen Pächter abgewickelt wurde. Die Beklagte könnte der Meinung gewesen sein, sie habe 1954 allein unterschreiben dürfen, wenn nur ihr Ehemann noch 1959 unterschrieb, was im Ergebnis auch grundsätzlich richtig war. Von Bedeutung könnte in diesem Zusammenhang auch sein, daß Bu■■■■ als Zeuge bekundet hat (Prot.v. 14. Februar 1961 S. 5), er meine, es hätten zwei Pachtverträge zur Erörterung gestanden, ein Pachtvertrag für seine Pachtzeit bis 1959 und ein zweiter Pachtvertrag darüber hinaus bis 1964. Schließlich könnte es auch bei der Prüfung, ob sich Schlüsse gegen die Glaubwürdigkeit der Darstellung der Beklagten aus der Formulierung des Pachtvertrages ziehen lassen, darauf ankommen, wer diesen Vertrag entworfen hat, an dessen Abschluß die Beklagte ersichtlich von allen "Beteiligten" das geringste Interesse hatte; denn ihr stand die Pacht, solange ihr Ehemann lebte, nicht zu. Es ist auch nicht erkennbar, daß sie ein besonderes eigenes Interesse an dem Pächterwechsel und an der mit Schreibmaschine eingefügten Formulierung der §§ 6, 8 und 10 des Vertrages hatte. Dadurch wurden nämlich im wesentlichen die Rechte des Vorpächters Bu■■■■ und vor allem die der B■■■-Brauerei geregelt, deren Angestellter D■■■■ ersichtlich deshalb sich in die Verhandlungen sowohl im Frühjahr wie im Herbst 1954 maßgeblich eingeschaltet hat.

c) Schließlich wird das Berufungsgericht auch seine Auffassung, daß die Beklagte dem Kläger für die Kosten des Vorprozesses ersatzpflichtig ist, zu überprüfen haben. Einmal wird es darauf ankommen, ob das beanstandete

Verhalten der Beklagten für die Entstehung dieser Kosten überhaupt - adäquat - ursächlich gewesen ist, außerdem kann auch der Gesichtspunkt des § 254 Abs. 2 BGB von Bedeutung sein; denn der Kläger durfte jedenfalls nicht diesen Rechtsstreit durch unbegründete Einwendungen verteuern (zu vgl. RGZ 77, 29 und das nicht veröffentlichte Urteil des erkennenden Senats vom 20. Dezember 1961 - VIII ZR 96/60 S. 39, 40).

IV.

Da die Kostenentscheidung für das Revisionsverfahren von dem endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt, war sie dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner Mormann